

EL POPULISMO CONSTITUCIONAL*

THE CONSTITUTIONAL POPULISM

*Jorge Alberto Diegues***

Resumen: Desde hace aproximadamente una década viene abriéndose camino en la teoría constitucional una corriente doctrinaria autodenominada constitucionalismo popular que, nutrida por un creciente cuerpo de literatura jurídica, cuestiona y preconiza importantes cambios en las categorías de pensamiento del constitucionalismo clásico. El presente trabajo tiene por hipótesis demostrar la falsa dicotomía planteada por el constitucionalismo popular como escuela de oposición al constitucionalismo clásico y, a su vez, explicar la doble función del constitucionalismo como un sano instrumento limitador del poder y un ancla estabilizadora de la democracia para prevenir la dictadura de las mayorías y el llamado despotismo o autocracia electiva. Para ello, se exponen los antecedentes y postulados básicos del constitucionalismo popular, los antecedentes y objetivos del constitucionalismo clásico y se formula un contraste doctrinario entre populismo y constitucionalismo.

Palabras-clave: Constitucionalismo - Constitucionalismo popular - Populismo - Democracia - Autocracia electiva.

Abstract: Since about a decade ago it is making its way into the constitutional theory a self-styled popular constitutionalism current doctrine, nurtured by a growing body of legal literature. It questions and recommends major changes in the categories of thought of classic constitutionalism. This paper aims prove the false dichotomy posed by the popular constitutionalism as a school of opposition to the classic constitutionalism and, in turn, explain the dual role of constitutionalism as a healthy limiter instrument of power and stabilizing anchor of democracy to prevent the dictatorship of the majority, and the called elective despotism or autocracy. For this, the paper describes the history and basic tenets of popular constitutionalism, the background and objectives of classic constitutionalism and makes a doctrinaire contrast between populism and constitutionalism.

*Trabajo recibido el 2 de septiembre de 2016 y aprobado para su publicación el 21 del mismo mes y año.

**Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y ex Profesor de la misma asignatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Salvador. Miembro de los Institutos de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Keywords: Constitucionalism - Popular constitutionalism - Populism - Democracy - Elective autocracy.

Sumario: I. Introducción.- II. Orígenes, concepto y principios del “constitucionalismo popular”. 1. Relativismo institucional. 2. La creación, interpretación y aplicación popular de la Constitución. 3. Revisión constitucional periódica.- III. Los principios del constitucionalismo clásico.- IV. El constitucionalismo como dique de contención al despotismo electivo.- V. El populismo como antítesis del constitucionalismo.- VI. El constitucionalismo popular y la reforma constitucional. 1. Thomas Jefferson y la reforma periódica de las Constituciones. 2. El objetivo encubierto de la reforma periódica: la matriz institucional.- VII. Conclusiones.

I. Introducción

Karl Popper observó que uno de los problemas centrales de la democracia moderna no es quién gobierna -lo que hoy día no ofrece mayores disputas- sino “cómo se gobierna” (1) o, en otros términos, con qué límites se gobierna.

Las democracias modernas han ido acompañadas por un andamiaje institucional construido con el objeto de proteger el ejercicio verdadero y real del poder del pueblo a través de la limitación del poder político del gobierno. En ese contexto, el constitucionalismo fue concebido como una amalgama que, con el objeto de institucionalizar el ejercicio del poder, sirvió de límite para el absolutismo. Empero, desde hace unos años atrás, ha comenzado a abrirse camino una corriente que, aunque ostenta aún una posición marginal en el discurso de la teoría constitucional, se halla impregnada de ciertas ideas de raíces populistas, y fuerza hasta límites inusitados el principio de la soberanía popular. Con el objeto de justificar el predominio ilimitado de la voluntad popular, pretende incorporar al constitucionalismo una falsa escuela del derecho constitucional: el “constitucionalismo popular” por oposición a un “constitucionalismo institucionalista” (2).

Nacida en los Estados Unidos, esta corriente se ha expandido, con sus particularidades sociopolíticas, a Latinoamérica. El movimiento doctrinario señalado ha sido sucedido principalmente en Venezuela, Ecuador y Bolivia, plasmándose en cambios constitucionales nacidos bajo el influjo de las profundas modificaciones políticas acaecidas en esos países. Desde hace aproximadamente una década esta corriente doctrinaria, nutrida por un creciente cuerpo de literatura jurídica, viene a cuestionar y preconizar importantes cambios en las categorías de pensamiento sustentadas por las bases del constitucionalismo. Esta situación me ha puesto en la necesidad de formular un estudio de su pensamiento, a la vez que motivado a formular algunas reflexiones en torno al derecho constitucional y su relación con el populismo, tema este último sobre el que debemos poner alguna atención. Será necesario a tal fin exponer los antecedentes del constitucionalismo popular y tratar de sistematizar sus postulados básicos, contras-

(1) POPPER, Karl, “Reflexiones sobre teoría y práctica del estado democrático”, en *La lección de este siglo*, p. 101, Buenos Aires, ed. Temas, 1998.

(2) Conf. RISSO, Guido I., “El constitucionalismo institucionalista vs. el constitucionalismo populista”, *La Ley*, 2012-B, 1267.

tarlos con los postulados del constitucionalismo clásico y enfatizar un enfoque de este último que, aunque implícitos en su dogmática, no ha ocupado la atención de la teoría política tradicional tanto como uno quisiera. Ello servirá para contrastar y en su caso, refutar, las principales ideas del llamado constitucionalismo popular. Esto constituirá, de aquí en adelante, el contenido de este trabajo.

II. Orígenes, concepto y principios del “constitucionalismo popular”

El constitucionalismo popular es la cristalización jurídica del populismo. Sus raíces pueden hallarse en las ideas de Carl Schmitt, a mi criterio el más reconocido y sólido adversario del constitucionalismo del siglo XX. Lo entiendo así desde que fue este autor alemán quien desdeñó explícitamente la idea de una Constitución como mecanismo limitador del poder del pueblo, calificando al constitucionalismo como un esfuerzo dirigido a reprimir lo político (3).

Orgánica y sistemáticamente estudiada, el constitucionalismo popular tiene su origen en cierto espectro de la doctrina norteamericana como consecuencia de un antiguo debate en torno a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

Si bien es verdad que el constitucionalismo popular no ha sido definido con precisión, contrariamente a lo sostenido por sus detractores, todas las variantes argumentativas de esta corriente en los Estados Unidos encuentran a mi criterio una idea directriz: la interpretación judicial de la Constitución. Según la definición expresada por Alexander y Solum, *“el constitucionalismo popular es la doctrina que concibe que el pueblo mismo hace, aplica e interpreta la Constitución (...), la Constitución no es nada más y nada menos que la voluntad del pueblo, interpretada por el pueblo y respaldada por la amenaza de la aplicación popular. La ley ordinaria es la norma de los tribunales, pero el derecho constitucional es el derecho del pueblo mismo”* (4).

Los miembros de esta escuela que tienen una visión más popular del constitucionalismo lo hacen para señalar una sola hipótesis: la última palabra en la interpretación constitucional no debe ser de la Corte Suprema, sino *“of the people themselves”*, de modo de despojar a la supremacía constitucional de lo que ellos llaman la “supremacía” o “imperialismo judicial”.

El constitucionalismo popular encuentra varios partidarios y vertientes. En ellas pueden citarse a autores como Mark Tushnet (5) -profesor de la Universidad de Harvard-, Jeremy Waldron (6) y Akhil Amar -profesor de la Universidad de Yale- entre los más destacados. Empero, el corazón de la doctrina, por la cantidad de trabajos producidos, la organicidad de su tesis y el vigor argumentativo, pertenece sin dudas al ex

(3) SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político* (ed. de 1932), versión española de Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 1991.

(4) ALEXANDER, Larry - SOLUM, Lawrence B., “Popular Constitutionalism?”, en *Harvard Law Review*, 118-1594, pp. 1617, 1618.

(5) TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

(6) WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

decano de la escuela de derecho de la Universidad de Stanford Larry Kramer (7). Entre su abundante bibliografía dedicada a la materia, hay una obra, que es la más destacada: *The people themselves*, publicada en 2004 en Nueva York (8). Con un exhaustivo y prolijo revisionismo, sostiene este autor que el constitucionalismo popular es el significado habitual que se tenía de constitucionalismo, incluso antes de la sanción de la Constitución. Explica que el origen del constitucionalismo popular se remontaría aun antes de la revolución americana y se sitúa en Inglaterra con la revolución gloriosa de 1688, donde fue el pueblo de Inglaterra que destituyó al monarca. El constitucionalismo del siglo XVIII se encontraba menos interesado por la claridad y rapidez de las resoluciones. Su noción de legalidad era menos rígida y más difusa y estaba más abierto a discutir sobre las distintas competencias en torno a las interpretaciones plausibles de la Constitución como a dar autoridad a una idea tan difusa como “el pueblo” (9).

No resulta fácil formular una presentación sistémica de los postulados de esta corriente pues su desarrollo se encuentra en una etapa larvaria. Cada autor que escribe en su nombre esboza sus propias ideas, las cuales no necesariamente tienen eco en el resto. Con esta aclaración preliminar, un esfuerzo en la sistematización, permitiría agrupar los postulados del constitucionalismo popular en tres principios.

1. Relativismo institucional

Ernesto Laclau concibe al populismo como una “lógica social” o, simplemente “un modo de construir lo político” (10). Y es uno de sus caracteres el “antiinstitucionalismo” (11). Pese a la tajante caracterización, yo no observo en el populismo una completa prescindencia institucional. Bien sabido es que, hoy día, no puede haber sociedad políticamente organizada sin instituciones. Por ello es que la característica definitoria del populismo no pasa por la prescindencia institucional sino por su *relativización*.

La plataforma teórica del constitucionalismo popular se asienta en el relativismo institucional. Tal circunstancia se ha visto reflejada a través de las críticas dirigidas contra el constitucionalismo clásico. Se dice así que los constitucionalistas profesan un exceso de celo en la protección de la Constitución, y que ello responde a que, más que constitucionalistas, sus partidarios son “institucionalistas”. Se caracteriza al institucionalismo como una nota propia de la escuela liberal que endurece al sistema de representación política y torna más conservadora la democracia, haciendo hincapié en determinadas instituciones políticas que en ciertos casos detienen los cambios pretendidos popularmente.

(7) Fue decano de la escuela de leyes de Stanford desde 2004 hasta el 31 de agosto de 2012, puesto que hoy ocupa la profesora de derecho constitucional Mary Elizabeth Magill.

(8) KRAMER, Larry. D., *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004.

(9) Ídem, p. 30.

(10) LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, 1º ed., 7º reimp., Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 11.

(11) Ídem, p. 156.

Cuando el populismo comienza su proceso de cristalización jurídica, la representación política, las instituciones, los mecanismos para limitar el poder que emplea el constitucionalismo son vistos entonces como complejidades, como “ideas burguesas” y, en cierto modo, como ideas conspirativas que tratan de corroer el principio esencial de la democracia, concebida únicamente como el gobierno exclusivo de las mayorías. Para refutarlas en el plano jurídico es que se forjan ciertas ideas que son contenidas en lo que puede calificarse verdadera y enfáticamente como “populismo constitucional”.

En este sentido, un partidario de esta corriente afirmó:

“Según Jack Balkin, una de las notas distintivas del institucionalismo es una especie de “sensibilidad antipopular” mediante la cual se ha producido un significativo endurecimiento del sistema de representación política. En la opinión de este autor, los institucionalistas muestran una profunda desconfianza hacia las preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad y un desdén por los valores populares.

Desde que la democracia se piensa desde el registro institucionalista, se distanció más de la dinámica social y, en consecuencia, adquirió rasgos conservadores. Por ello es que los valores institucionalistas podrían llegar a ser, en algunos casos, diferentes a los valores propios de la cultura popular y, también en ciertos casos, hasta opuestos. Es decir, frente al concepto clásico de democracia como gobierno del pueblo, el constitucionalismo conservador tiende a garantizar el orden político estatuido mediante el establecimiento de determinadas instituciones políticas que regulan los cambios pretendidos popularmente. Pues observan con cierta desconfianza cualquier participación popular en las estructuras políticas; recordemos que desde el institucionalismo se prioriza el orden y la institucionalidad establecida por sobre los reclamos e intereses populares.

Es por ello que el discurso institucionalista contiene un núcleo potencialmente autoritario, pues allí efectivamente existe la posibilidad de que la propia sociedad ponga en riesgo el esquema de orden vigente, constituyéndose como enemiga del sistema. En cambio, las democracias que subordinan la institucionalidad a lo social, tienden a desarrollar una legalidad constitucional más flexible, sin olvidar por ello uno de los peligros concretos del sistema democrático tradicional: las mayorías coyunturales que avanzan sobre las minorías” (12).

En la línea descripta, ha expresado Ferreyra:

“La Constitución es una invención humana “hecha por varones y mujeres que, muchas veces con ilusiones exageradas y detallistas, intentan encerrar el porvenir por medio de fórmulas normativas (o peor aún: deducirlo)” (13).

(12) RISSO, Guido, “El constitucionalismo popular”, en *Página 12*, diario del 22 de enero de 2013, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-212354-2013-01-22.html>, fecha de consulta 4-7-2016.

(13) FERREYRA, Raúl Gustavo, “Constitucionalismo de ciudadanos y ciudadanas”, en diario *Infobae*, columna de opinión del 24 de abril de 2013, disponible en <http://opinion.infobae.com/raul-gustavo-ferreyra/>, fecha de consulta 4-7-2016.

2. La creación, interpretación y aplicación popular de la Constitución

Estados Unidos tiene en su seno una vieja disputa doctrinaria, preexistente al constitucionalismo popular, que gira en torno a la legitimidad democrática de la *judicial review*. Con sus argumentos propios, el constitucionalismo popular ha puesto también en la mira el control judicial de constitucionalidad. La tesis de esta corriente en los Estados Unidos es una sola: *que el pueblo tiene la máxima autoridad para interpretar y hacer cumplir la Constitución y la consiguiente ilegitimidad del papel dominante de la Corte Suprema en la interpretación constitucional*. Esta doctrina no rechaza el control judicial de constitucionalidad ni la teoría de la independencia de los poderes con atribuciones propias en cada uno de ellos; lo que cuestiona es al Poder Judicial como intérprete final de la Constitución o, en palabras de Lawrence Tribe, “el monopolio judicial de la verdad constitucional”.

Con un exhaustivo, pero tal vez antojadizo revisionismo de la historia constitucional de su país, Larry Kramer observa que los defensores de lo que él llama la “supremacía judicial” responden a un elitismo y a un desdén por el pueblo, al que consideran incapaz de intervenir en cualquier asunto vinculado con la interpretación y aplicación de la Constitución. El control de constitucionalidad de los primeros tiempos en Estados Unidos -explica- fue concebido como uno de los tantos mecanismos destinados a hacer cumplir la voluntad popular. Pero la institución no continuó siendo fiel a sus raíces populistas. Los federalistas elitistas, aristocráticos, monárquicos, comenzaron a dar un nuevo papel a los tribunales: la “supremacía judicial” en lugar de la “servidumbre popular”, formándose así una “oligarquía judicial”. Según Kramer, fue James Kent el primero de los juristas que comenzó a promover el nuevo rol de los tribunales como un Poder Judicial fuerte destinado a proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías (14). El profesor de Stanford invoca para su teoría, las ideas de dos de los presidentes como fueron Andrew Jackson y Franklin Roosevelt, quienes reivindicaron la autoridad interpretativa sobre la Constitución como los “tribunos del pueblo”. Kramer afirma así:

“Durante más de dos siglos, cada reafirmación del constitucionalismo popular ha sido precedida por los esfuerzos para restaurar o ampliar la autoridad judicial (...) En cada caso, los jueces finalmente fueron demasiado lejos, tratando de controlar los asuntos en el corazón de la política contemporánea y precipitando una confrontación con los poderes políticos que llamaron a los estadounidenses a decidir una vez más si los jueces deben tener mucho que decir sobre sus vidas” (15).

“Por sobre todo, [el constitucionalismo popular] significa insistir en que la Corte Suprema es nuestro sirviente y no nuestro amo: un sirviente cuya seriedad y conocimiento merece mucho respeto, pero que se supone en última instancia, para reflejar nuestros juicios acerca de lo que significa la Constitución y no a la inversa. La Corte Suprema no es la máxima autoridad en la tierra en el derecho constitucional. Somos nosotros” (16).

(14) KRAMER, Larry, ob. cit., pp. 131-132.

(15) Ídem, p. 227.

(16) Ídem, p. 248.

Con el panorama descripto, y quizás como la consecuencia más dramática de su teoría, al llegar al epílogo de la obra, Kramer afirma:

“La Suprema Corte ha hecho esta apropiación [del monopolio judicial de la interpretación constitucional] por poder. La pregunta es: ¿vamos a dejar que se salgan con la suya? (...) ¿Qué es lo que hicieron las generaciones anteriores? ¿Qué hicieron Jefferson, Jackson, Lincoln, el Congreso de la reconstrucción y Roosevelt? La Constitución deja un sinnúmero de respuestas políticas ante una Corte demasiado ambiciosa: sus jueces pueden ser sometidos a juicio político, el presupuesto de la Corte puede ser reducido, el Presidente puede ignorar sus decisiones” (17).

El pensamiento de Kramer ha motivado una importante cantidad de literatura contestataria contra su obra. Pero quizás la más elocuente ha sido la del profesor de Harvard Lawrence Tribe en estos términos:

“La imagen del constitucionalismo popular de Kramer, desde su fundación hasta mediados del siglo XX es tan engañosa como limitada” (...). El mito de que el pueblo estaba habilitado para señalar a los jueces que “hay una autoridad más alta afuera con poder para revocar sus decisiones” nunca operó como con ligereza él sostiene. [Kramer] “procede como si la revisión judicial ahogara intrínsecamente toda contradicción. En verdad, sin embargo, la revisión judicial supone únicamente que la Suprema Corte tiene el deber de hacer cumplir la Constitución como ley suprema de la Nación. En un sistema regido “por leyes, y no por hombres”, las interpretaciones constitucionales que adopten los tribunales en el marco de las causas judiciales deben respetarse. Peor aún, el constitucionalismo popular de Kramer produciría un derecho constitucional del que se borraría incluso a la propia Constitución. Porque si el derecho constitucional fuera un vaso en el que el pueblo pudiera verter lo que quisiera que contenga en un momento dado, ¿no se perdería el objetivo central perseguido con la elaboración de la Constitución? Una constitución significa “el compromiso de mantener” que define quiénes somos (...). Larry Kramer debe pensar que slogans como “la tiranía de las mayorías” son sólo eso: slogans, pero ninguna sociedad que se encuentra sometida a una Constitución puede ser tan ingenua. Sucumbiendo a los cantos de sirena de moda de aquellos que asocian los sentimientos “constitucionales” a una facción circunstancialmente mayoritaria, conduciendo a la Corte a inclinarse, Larry Kramer arriesga jugando al flautista de Hamelin a un universo amplio y potencialmente impresionable de los lectores y estudiantes. Mientras tanto, por desgracia pierde el punto central de la gran enseñanza del juez Marshall: “Es una Constitución lo que estamos interpretando” (18).

Algunas de las propuestas de Kramer han comenzado a impregnarse, todavía aislada y erráticamente, en nuestro país. En este sentido, Ferreyra ha sostenido recientemente:

“[El control judicial de constitucionalidad] es uno de los paradigmas del control de la supremacía constitucional: aunque funciona sin los ciudadanos (ni sus repre-

(17) Ídem, p. 249.

(18) TRIBE, Laurence H., “‘The People Themselves’: Judicial Populism”, en The New York Times, diario del 24 de octubre de 2004, disponible en http://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/24TRIBEL.html?pagewanted=print&position=&_r=0 (fecha de consulta 4-7-2016).

sentantes políticos) (...) ¿Hay acaso algún argumento suficiente que sustente que el control judicial de constitucionalidad es una herramienta sustentable en una sociedad abierta y plural? (...) (L)a última palabra en el control de constitucionalidad no debe estar, exclusivamente, a cargo de los jueces. La construcción de un constitucionalismo ciudadano importa y se basa en la responsabilidad, tolerancia y compromiso en el marco de una sociedad abierta. Esta apertura, precisamente, es el mejor indicador que la realización del Derecho constitucional no “debe” ni “puede” quedar a cargo de los jueces” (19).

3. Revisión constitucional periódica

El constitucionalismo popular -en boca de uno de sus propulsores- ha pretendido entronizar entre sus postulados el principio de la periodicidad de las reformas constitucionales. Para robustecer el planteo, se recurre al pensamiento de Thomas Jefferson según el cual toda Constitución de un país democrático debía reescribirse cada una determinada cantidad de años. Aunque esta idea no ha sido profundizada ni reivindicada -bien que tampoco desechada- entre los constitucionalistas norteamericanos, Larry Kramer afirma que el proceso de enmienda constitucional fue concebido “para respetar y preservar la autoridad del pueblo sobre las constituciones, a la vez que reducir simultáneamente la posibilidad de inestabilidad política” (20). Por ello, afirma otro autor, los constitucionalistas no tienen por qué alarmarse ante la necesidad de una reforma constitucional; los que lo hacen más constitucionalistas es porque son “institucionalistas” (21). En nombre de este pensamiento es que se ha reclamado la reforma de la Constitución Nacional, sosteniéndose:

“la Constitución argentina, por ser del año 1853, refleja intereses y valores propios de un pueblo rural del siglo XIX, y es por tanto una vieja fotografía de un pueblo que en nada se parece a una sociedad actual” (22).

III. Los principios del constitucionalismo clásico

Las civilizaciones antiguas no conocieron en general la democracia, y aquellas que la tuvieron abrieron las puertas de la libertad política, pero negaron al pueblo la libertad civil. Los individuos participaban de las asambleas públicas y en ciertos casos podían ser elegidos; mas finalizadas éstas quedaban sometidas al poder público. La edad media trajo consigo el desmembramiento de esa unidad política que representaba el Estado absoluto para pasar a un estado estamentario dividido en grandes castas.

El paso de la Edad Media hacia la Edad Moderna enclavó nuevamente a la monarquía, esta vez bajo el absolutismo monárquico, concediendo al rey la suma del poder

(19) FERREYRA, Raúl Gustavo, ob. cit., disponible en <http://opinion.infobae.com/raul-gustavo-ferreyra/> (fecha de consulta 10/7/2016).

(20) KRAMER, Larry D., ob. cit., p. 53.

(21) RISSO, Guido, *El constitucionalismo institucionalista vs. el constitucionalismo populista*, ob. cit., p. 1267.

(22) *Ibídem.*

público cuyo poder derivaba de la divinidad. En 1680 veía la luz el *Patriarca*, que, escrita por Robert Filmer, fue quizás la más sólida obra teórica enderezada a la justificación del absolutismo en la literatura política inglesa (23). Expresaba en ella:

“La prerrogativa de un rey consiste en estar sobre todas las leyes (...) y no puede haber en él majestad soberana que esté bajo ellas, porque lo que da el propio ser a un rey es su potestad de dictar leyes, sin la cual sería un rey equívoco (...) es la forma de gobierno mediante un poder supremo la que propiamente les hace reyes” (24).

“[T]eniendo el poder [real] su origen en la ley de Dios, no puede ser limitado por ninguna ley inferior [pues] el padre de una familia la gobierna según la exclusiva ley de su propia voluntad, no según las leyes o voluntades de sus hijos o servidores” (25).

“Todos por debajo de él, y él por debajo de nadie, a no ser sólo Dios; si ofende, como ninguna providencia puede dictarse contra él, el único remedio está en pedirle que enmiende su falta, y si no lo hace, bastante castigo será para él esperar a Dios como un vengador” (26).

Aun con el panorama descripto, esta línea de tiempo se ha visto unida a través del intento común de garantizar la búsqueda de la libertad, la cual era inconcusa. Así lo advirtió Cicerón cuando decía que la “república es cosa del pueblo” pero “pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino la sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común” (27). El Ordenamiento de León (1188), la Carta Magna (1215), los Fueros de Aragón (1283), el *Agreement of the People* (1647), el *Instrument of Government* (1653), el *Bill of Rights* inglés (1689), la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Constitución de los Estados Unidos (1787), la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y las doctrinas de Edward Coke y William Blackstone son los testimonios históricos de los intentos del pueblo por proteger sus derechos fundamentales limitando el poder público.

La ciencia del gobierno es eminentemente experimental y progresiva. El constitucionalismo es la cristalización jurídica de la democracia y se asienta en dos postulados axiológicos: el amparo de la libertad individual y la limitación del poder público. Si bien su punto de partida se halla con la Revolución Inglesa en 1688, que termina con el ab-

(23) El *Patriarca* fue publicada póstumamente a la muerte de Filmer, que tuvo lugar en 1653. No hay un momento exacto que marque su autoría; empero, teniendo en cuenta su año de nacimiento (1588), se estima que habría sido escrita en la época de Jacobo II, debido a las constantes referencias a su persona como “su majestad”, o en su defecto de Carlos I. La obra se asentaba en tres columnas básicas: que el gobierno civil encuentra su origen en el gobierno de familia que los primeros “patriarcas” ejercieron sobre sus descendientes, teniendo así los reyes un poder natural sobre sus súbditos por “derecho de paternidad”; que “es antinatural que el pueblo gobierne o elija gobernantes”; y que el rey está por encima de toda ley positiva.

(24) FILMER, Robert, *Patriarcha o El poder natural de los Reyes*, trad. española por Pablo de Azcárate, Madrid, Barcelona, Espasa Calpe, 1920, p. 78.

(25) Ídem, p. 62.

(26) Ídem, p. 69.

(27) CICERÓN, Marco Tulio, “Tratado de la República”, Lib. I, trad. Española de Francisco Navarro y Calvo, en *Obras Completas*, Buenos Aires, Anaconda, 1946, T. II, p. 549.

olutismo real en ese país (28), pudiendo remontarse inclusive hasta el siglo XIII (29), su cristalización como doctrina política tiene lugar a mediados del siglo XVIII a partir de la consolidación de cuatro postulados fundamentales: 1) la inserción de la libertad y dignidad del hombre como idea política dominante; 2) la vigencia de una Constitución jurídica; 3) la forja de técnicas para evitar la concentración y el ejercicio abusivo del poder; y 4) el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades resultantes de la naturaleza humana. Tales ideas han permitido asentar el constitucionalismo en tres pilares fundamentales: 1) el imperio de la ley -a través de la doctrina del Estado de derecho, ensayada por Robert Von Mohl en 1832-; 2) la comunidad como titular del poder y 3) la inserción de los estados en el orden internacional.

Para llevar a efecto la necesaria limitación del poder político es que se han adoptado técnicas que creen *instituciones* destinadas a ese fin. Esas técnicas son: 1) la supremacía constitucional, 2) la separación entre el poder constituyente y el poder constituido (Sieyès), 3) la división de las funciones del poder (Montesquieu, Locke, Aristóteles) y 4) la designación popular de los gobernantes. Así entonces, el constitucionalismo ha sido definido con razón por Fayt como *el proceso de institucionalización del poder mediante una constitución escrita a cuyas normas queda subordinado el poder político* (30).

IV. El constitucionalismo como dique de contención al despotismo electivo

Stephen Holmes observa que “ninguna voluntad popular digna de tomarse en serio tiene una preexistencia mística; siempre es producto de limitaciones constitucionales” (31). Esto es verdad sólo en la democracia moderna, pues en las antiguas no aparece esta idea con nitidez.

La democracia como forma de gobierno suscitó siempre reservas entre los pensadores clásicos. Muchas críticas se ensayaron, pero hay entre ellas un germen común. Si la búsqueda de la libertad ha sido el anhelo de todas las generaciones humanas, la preservación de la demagogia fue también la preocupación de varias de ellas. Sócrates le enseñaba a Critón:

“(D)e ningún modo hemos de tomar tanto en cuenta lo que diga la gente, sino lo que el entendido en lo justo y en lo injusto, él solo y la verdad misma nos digan. De tal modo que tú no encaras como es debido la cuestión al comenzar proponiendo que debemos considerar la opinión de la gente acerca de lo justo, de lo noble, de lo bueno y de sus contrarios. ‘Pero es patente, sin embargo,’ podría alguien en verdad decir, ‘que la gente es capaz de hacernos morir’” (32).

(28) AJA ESPIL, Jorge, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1971, p. 51.

(29) FAYT, Carlos S., *Derecho político*, 11º ed., Buenos Aires, La Ley, 2003, T. II, p. 27.

(30) *Ibidem*.

(31) HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 258.

(32) PLATÓN, *Critón*, trad. española por Luis Noussan-Letry, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 40 y 41.

Platón afirmó:

“(L)a libertad excesiva debe producir, tarde o temprano, una extrema servidumbre [por lo que resulta natural que] la tiranía tenga su origen en el gobierno popular; es decir, que a la libertad más completa y más ilimitada suceda el despotismo más absoluto y más intolerable” (33).

También Cicerón captó que la tiranía podía provenir de un sólo hombre tanto como del pueblo mismo. No en vano observó:

“(B)ajo el imperio absoluto de una facción tampoco puede decirse que existe república,” agregando que “a ningún Estado negaré más terminantemente el nombre de república que a ese en que impera como soberanía la multitud: si hemos asegurado que en Siracu[s]a no existía república, ni en Agrigento, ni en Atenas bajo la dominación de los tiranos, ni aquí cuando mandaban los decenviros, no sé cómo puede encontrarse bajo el despotismo de la multitud” (34).

“(E)l imperio de la multitud no es menos tiránico que el de un hombre solo, y esta tiranía es tanto más cruel, cuanto que no hay monstruo más terrible que esa fiera que toma la forma y nombre del pueblo” (35).

En esa misma línea doctrinaria, Filmer concluyó que “[n]o hay tiranía comparable a la tiranía de una multitud” (36).

El peligro de la dictadura de las mayorías fue advertido aun por aquellos autores que defendieron con fervor el principio de la soberanía popular como idea política. En el famosísimo capítulo LXI de *El Federalista*, Alexander Hamilton y James Madison pusieron debida atención en estos términos:

“[E]n una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría se une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro” (37).

El asunto ocupó también la atención de Jefferson que, en sus *Notas sobre el Estado de Virginia*, a propósito de los defectos de la organización constitucional de su estado con anterioridad a la Constitución de 1776, advirtió sobre el peligro de la dictadura de las mayorías. Observó así:

“[La concentración del poder] en las mismas manos constituye precisamente la definición del gobierno despótico. No atenúa la cosa el que esos poderes sean ejercidos

(33) PLATÓN, “La República”, en *Obras Completas*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, T. III, p. 377.

(34) La redonda es mía.

(35) CICERÓN, Marco Tulio, ob. cit., Libro III, T. II, p. 610.

(36) FILMER, Robert, ob. cit., p. 57.

(37) MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *El Federalista*, 2° ed. en español por Gustavo R. Velazco, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1957, Cap. LI, p. 220. La redonda es mía.

por muchas manos y no por una sola. *173 déspotas serían de seguro tan opresores como uno solo. Y a los que duden, dejen posar sus ojos en la república de Venecia. Tampoco nos vale el que los hayamos elegido nosotros mismos.* Un despotismo electivo no es el gobierno por el que luchamos, sino uno que no solamente se funde en principios libres, sino que sus líderes estuvieran divididos y equilibrados de tal modo entre distintos cuerpos de magistrados, que ninguno pasara de sus límites legales sin ser contenido y reprimido eficazmente por los otros” (38).

Finalmente, John Hart Ely observa que la teoría de la representación política debe concebirse no sólo como el seguro de que el representante no separará sus intereses de aquellos de la mayoría de sus electores, sino también “que no separará los intereses de una coalición mayoritaria de aquellos de las diferentes minorías” (39).

El principio cardinal de la democracia popular es el gobierno de las mayorías; quien desconozca esto en toda su dimensión, reniega en el fondo de la democracia. Pero para que la democracia sea además una república el gobierno debe anclarse a ciertos *límites* que sirven de garantías institucionales para la convivencia de “todos”. El constitucionalismo existe entonces para aquellas situaciones en las cuales no puede confiarse en el gobierno representativo (40). Cuando el gobierno de las mayorías observa estas premisas puede decirse que estamos ante una democracia republicana; cuando ostenta todos los poderes, sea en uno o en varios magistrados es un *despotismo electivo*.

Cuando Locke (41) y Montesquieu escribían que la libertad no es hacer “cada cual lo que se le antoja” sino estar sujeto a la ley, tenían amplia razón. Nadie hace siempre todo lo que quiere. Cuando hay ley, porque ésta lo limita; cuando no la hay, porque más temprano que tarde encuentra la fuerza del más poderoso. Para evitar entonces someterse a la voluntad de otro es que es necesario someterse a la voluntad de la ley. Por ello es que en el fondo “la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla” (42). El constitucionalismo no es más que la encarnación del *rule of law* y representa, entonces, la línea demarcatoria entre la democracia republicana y el despotismo electivo.

Si como afirma Hayek, la Constitución es un recurso para limitar al gobierno (43), hay que agregar a ello que es además un recurso que se da el pueblo para limitarse a sí mismo, para protegerse contra las pasiones del momento, para proteger a las minorías

(38) JEFFERSON, Thomas, “Notes on the State of Virginia”, en FORD, Paul Leicester (ed.), *The works of Thomas Jefferson*, New York, London, G.P. Putnam’s & sons, 1905, vol. IV, p. 20. Las redondas son mías.

(39) ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, trad. española por Magdalena Olguín, Bogotá, Siglo del hombre ed., 1997, pp. 106 y 107.

(40) Ídem, p. 217.

(41) LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno*, ed. española por Pablo López Álvarez, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, cap. VI, § 57, p. 79.

(42) Ibídem.

(43) HAYEK, Federico von, *La planificación, el imperio de la ley y los derechos del hombre*, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 23 de abril de 1957, JA, 1957-II, Sección Doctrina, p. 78.

de las mayorías. Las constituciones liberales, consisten en buena medida en “meta-limitaciones”, esto es, reglas que obligan a cada mayoría a exponer a la crítica y a una posible revisión sus decisiones y, al mismo tiempo, en reglas que limitan la capacidad de cada generación de “robar opciones significativas a sus sucesoras” (44). Cumplen entonces una doble función: limitar a los representantes políticos de la comunidad y limitar a ella misma. Por ello es que actúan también como afirma Cass Sustein como “límites a la capacidad de gobernar de las mayorías” (45), y como en una república es deber de la mayoría respetar y proteger los intereses de la minoría, las constituciones refuerzan la democracia representativa (46).

Cierto es que el constitucionalismo tiene algo de conservador. El conservadurismo es una característica inherente al derecho en general, más que al constitucionalista y, en su justa medida, es algo razonable. Las constituciones modernas que los pueblos mismos se han dado contemplan y patrocinan expresamente medidas que, en cierto modo, podrían estimarse conservadoras. La forma federal de Estado; la obligación constitucional de los jueces de negarse a aplicar una ley sancionada por la “mayoría” parlamentaria cuando es contraria a la Constitución; la elección indirecta del presidente y senadores de la Nación -hasta 1994, en nuestro país-, y de los jueces nacionales; la creación de un Senado federal como contrapeso a la representación popular pura establecida en la Cámara de Diputados; la representación de las minorías en el órgano legislativo, entre otras, dan la medida de esto. A poco que reflexionemos sobre el particular, se advertirá que, hasta la reforma constitucional del año 1994, en nuestro país más del 83 % de las autoridades nacionales no eran elegidas directamente por el pueblo, bien que con una injerencia preponderante de este.

John Stuart Mill decía que “el principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre”, pues “no es libertad el poder de renunciar a la libertad” (47). Si esto es válido para un individuo, tanto más lo es para una sociedad. El constitucionalismo es un ancla estabilizadora de la democracia; es, pues, un intento de impedir la posibilidad de que una Nación ceda su libertad y, en definitiva, su autodestrucción colectiva. La democracia no está exenta de paradojas; y hay que entender que los *límites legales* que se le imponen son necesarios para la subsistencia de ella.

V. El populismo como antítesis del constitucionalismo

Fernando Henrique Cardozo -el “segundo Cardozo” diría yo, el Cardozo de su edad madura- explica que el populismo es una forma insidiosa del ejercicio del poder que se define por prescindir de la mediación de las *instituciones*, del Congreso y de los partidos, y por basarse en la relación directa del gobernante con las masas, cimentada en el

(44) HOLMES, Stephen, ob. cit., p. 254.

(45) SUSTEIN, Cass, “Constituciones y democracias: epílogo”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, ob. cit., p. 344.

(46) ELY, John Hart, ob. cit., pp. 113 y 114.

(47) MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, trad. española de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza editorial, 1997, cap. 5, p. 239.

intercambio de dádivas (48). Su característica definitoria es la apelación al pueblo por fuera de toda representación política institucionalizada, lo que Ernesto Laclau llama su “dimensión antiinstitucional” (49). El populismo mantiene asimismo una relación ambigua con la democracia, pues al mismo tiempo que reivindica el poder del pueblo trata de prescindir de todo mecanismo de representación política (50), a la que ve como un obstáculo entre las masas y la concreción de sus aspiraciones, expresadas obviamente en un “Führer” (51). No se trata de una ideología propia, sino que puede estar presente en movimientos de signo ideológico muy diferente (52).

La democracia moderna no es sencillamente el gobierno del pueblo, sino siempre es el gobierno del pueblo por ciertos canales preestablecidos, de acuerdo con ciertos procedimientos predeterminados, siguiendo ciertas normas electorales prefijadas (53). El populismo abjura de esta idea. La representación política es, pues, la antítesis del populismo. La consecuencia lógica que trae esta forma de ver la ciencia del gobierno es la identificación del Estado con la persona del líder, quien expresa *directamente y sin instituciones* la voluntad popular. El líder no “representa” sino, antes bien, “es” el pueblo. Al ser una encarnación del pueblo, el populismo no admite discursos complejos y ve todo como blanco o negro; hay para él “pueblo” y “no-pueblo”, amigos y enemigos.

El observador inteligente deduce de estas reflexiones que constitucionalismo y populismo son dos criterios incompatibles entre sí. Mientras que el constitucionalismo es institucionalista, el populismo relativiza las instituciones para tener una relación directa entre el gobernante y el pueblo. Si bien podría discutirse que el constitucionalismo no es un concepto unitario, como tampoco lo es la democracia (54), no puede haber, como equivocadamente se plantea, un constitucionalismo institucionalista y un constitucionalismo populista, pues el constitucionalismo es institucionalista por definición.

A pesar que, como expresé, el populismo no desconoce formalmente el valor de las instituciones, el gran vicio de raíz que presenta esta corriente de pensamiento es

(48) CARDOZO, Fernando Henrique, *El populismo amenaza con regresar a América latina*, diario Clarín del 18 de junio de 2006, disponible en: <http://edant.clarin.com/diario/2006/06/18/opinion/o-03002.htm> (fecha de consulta 13/7/2016). La bastardilla es mía. Ernesto Laclau, por su parte, entiende que “el clientelismo (...) no es necesariamente populista, puede adoptar formas puramente institucionales, pero es suficiente que esté construido como un llamado público a “los de abajo” fuera de los canales políticos normales para que adquiera una connotación populista”. Conf. LACLAU, Ernesto, ob. cit., p. 157.

(49) LACLAU, Ernesto, ob. cit., p. 156.

(50) CANOVAN, Margaret, “Populism”, en KUPER, A., KUPER, J. (ed.), *The Social Sciences Encyclopedia*, London, Routledge, 1996, p. 647.

(51) Aunque el vocablo “Führer”, en español “líder”, “guía”, si bien se conocía y empleaba asiduamente en Alemania, fue institucionalizado por el Tercer Reich para sepultar lo que quedaba de la Constitución de Weimar.

(52) WORSLEY, Peter, “The concept of populism”, en IONESCU, G. y GELLNER, E. (comps.) *Populism. Its Meaning and National Characteristics*, Londres, Macmillan, 1969, p. 245.

(53) HOLMES, Stephen, ob. cit., p. 257.

(54) Es este el criterio de Cass Sustein en el trabajo citado en este ensayo. Conf. SUSTEIN, Cass, ob. cit., p. 368.

relativizar su importancia frente a las intenciones populares, posiblemente por no internalizar que aquéllas son también consecuencia de la voluntad popular. El principio fundante de la democracia, de la democracia republicana, es que nunca nadie puede detentar la totalidad del poder. Y si en una república el poder soberano reside en el pueblo, su poder es también limitado frente aquella porción de ese mismo pueblo que lo rechaza. El constitucionalismo popular no es más que un “populismo constitucional” y, precisamente porque relativiza la institucionalidad, no puede formar parte del constitucionalismo porque es la antítesis de él.

La democracia nace como un intento de garantizar la participación de todos en el gobierno y extirpar la aristocracia -entendida ésta como el gobierno de unos pocos- y la oligarquía. Pero si la oligarquía es de entre las tres formas de gobierno concebidas por Platón y Aristóteles la deformación de la aristocracia, hay que recordar junto a ello que la demagogia hace lo propio con la democracia.

El populismo es la deformación de la democracia, del estado de derecho y del estado constitucional. De lo primero, porque asume el gobierno para la mayoría y no para el pueblo todo; de lo segundo, porque niega la supremacía de la ley aun frente al pueblo que la hace; de lo último, por la conjunción de los dos motivos precedentes. Conviene tener esto presente para no dejarse alucinar por tan falsa concepción y seguirla en sus más perniciosas consecuencias que, al margen de su extravagancia, se presenta como una idea peligrosa, pues contribuye a acentuar el proceso de desconstitucionalización ya planteado y creciente.

VI. El constitucionalismo popular y la reforma constitucional

Algunos trabajos que adhieren al constitucionalismo popular publicados en el país han reivindicado vigorosamente, entre los postulados de esa corriente la periodicidad de las reformas constitucionales.

Como expresé anteriormente, el pensamiento ha sido ilustrado con respecto a la Constitución argentina señalándose que, por ser del año 1853, refleja intereses y valores propios de un pueblo rural del siglo XIX, y es por tanto una vieja fotografía de un pueblo que en nada se parece a una sociedad actual. Se trae asimismo el criterio de Jefferson, endilgándosele el pensamiento según el cual la Constitución de un país democrático debe reescribirse cada determinada cantidad de años para evitar que ninguna generación quede rehén de la voluntad y las ideas de una generación del pasado (55). Ninguna de las dos afirmaciones resulta ser válida. Por razones de logicidad, comenzaré atendiendo esta última, y seguiré por la primera.

1. Thomas Jefferson y la reforma periódica de las Constituciones

Suele citarse una frase atribuida a Thomas Jefferson según la cual “[e]l poder constituyente de un día no puede condicionar el poder constituyente del mañana”. En

(55) RISSO, Guido I., *El constitucionalismo institucionalista vs. el constitucionalismo populista*, ob. cit., p. 1267.

una carta escrita desde París a James Madison el 6 de septiembre de 1789, el principal redactor (56) de la declaración de la independencia de los Estados Unidos expresó:

“(P)uede demostrarse que ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la presente generación. Puede entonces administrarla y todo lo que procede de ello como quiera durante su usufructo. Son amos también de sus propias personas, y pueden consecuentemente gobernar como les plazca (...). La Constitución y leyes dadas por sus predecesores quedan extinguidas entonces, en su curso natural, junto con aquellos que les dieron su existencia. Esto podría preservarse hasta que dejó de existir y no más. Toda Constitución, entonces, y cada ley, naturalmente expiran a los 19 años de su vigencia. Su duración más allá, constituye un acto de fuerza y no de derecho” (57).

[Así] “entonces, los contratos, constituciones y leyes de cada sociedad quedan anulados a los 19 años de su sanción” (58).

El criterio expuesto ante Madison fue fundamentado con más amplitud en una carta dirigida a Samuel Kercheval el 12 de julio de 1816, a propósito de la reforma de la Constitución de Virginia. Jefferson expresó allí:

“Algunos ven a la Constitución con mojigata reverencia y, como el arca de la alianza, la consideran demasiado sagrada para ser tocada. Atribuyen a los hombres de generaciones anteriores una sabiduría sobrehumana, y suponen que lo hecho por ellos debe estar más allá de toda reforma (...). Ciertamente no soy un defensor de los cambios frecuentes y no probados en las leyes y las constituciones. Creo que las imperfecciones moderadas tienen mejor arraigo; porque, una vez conocidas, nosotros mismos nos adaptaremos a ellas, y encontraremos los medios prácticos para la corrección de sus defectos. Pero sé también que las leyes y las instituciones deben ir de la mano con el progreso de la humanidad (...). No debemos creer que una generación no es tan capaz como otra de cuidar de sí misma y de ordenar sus propios asuntos. Permítasenos, al igual que a nuestros Estados hermanos, valernos de nuestra razón y experiencia para corregir el crudo ensayo de nuestra primera experiencia, a pesar de su sabiduría, virtuosos y bien intencionados consejos. Y finalmente, permítasenos establecer en nuestra Constitución su revisión por períodos determinados. Lo que estos períodos deben ser, lo indica su propia naturaleza. De acuerdo a los índices europeos de mortalidad en cualquier período una mayoría estará muerta alrededor de los diecinueve años. Al final de ese período, entonces, una nueva mayoría tomará su lugar; o, en otras palabras, una nueva generación. Cada generación es tan independiente como la que la precedió.

(56) Ojalá pueda difundirse en nuestro país la verdadera dimensión de la figura de John Adams en la independencia de los Estados Unidos, muy superior a la de Jefferson en esta materia. Aunque Jefferson redactó el primer borrador de la Declaración de Independencia, el borrador final presentado al Congreso Continental salió de las revisiones practicadas por John Adams y Benjamin Franklin.

(57) FORD, Paul Leicester (ed.), *The works of Thomas Jefferson*, ob. cit., vol. VI, p. 9.

(58) Párrafo agregado por Jefferson a la copia de la carta que remitió a Madison en la carta al Dr. Gem. Ibídem, p. 12 en nota al pie.

Tiene entonces, al igual que aquellas, el derecho a elegir para sí misma la forma de gobierno que crea más adecuada para su propia felicidad; y consiguientemente, para adaptarse a las circunstancias en las que se encuentra, que recibió de sus predecesores. Y es para la paz y el bien de la humanidad que una oportunidad solemne de hacer esto cada diecinueve o veinte años, debe ser dada por la Constitución, de modo que pueda perdurar, con modificaciones periódicas, de generación en generación, hasta el fin de los tiempos (...). Han pasado cuarenta años desde la sanción de la Constitución de Virginia. Los mismos índices [se refiere a los índices de mortalidad europeos] nos dicen que, dentro de ese período, las dos terceras partes de las personas que vivieron en esa época estarán muertas. ¿Tiene entonces el tercio restante, si lo desease, el derecho a exigir obediencia a aquella voluntad y a las leyes hechas por ellos, a los otros dos tercios que componen la masa actual de adultos? Si no lo tiene, ¿quién lo tiene? ¿Los muertos? Los muertos no tienen derechos. No son nada; y no pueden ser dueños de nada (...). Este mundo corporal, y todo lo que hay en él, pertenece a los actuales habitantes, durante su generación. Son ellos los únicos que tienen derecho a decidir lo concerniente a ellos, y a sancionar la ley que los dirija; y esa declaración puede ser hecha solamente por su mayoría. La mayoría, entonces, tiene el derecho de elegir representantes a una convención, y hacer la Constitución que crea mejor para sí mismos” (59).

El pensamiento reseñado fue abrazado por una buena parte de los pensadores radicales del siglo XVIII. Así fue que, antes que Jefferson, en 1740 David Hume defendió la idea de que una generación no debía condicionar con sus principios y reglas a las generaciones venideras. Fue también lo que sostuvo Thomas Paine en 1791 cuando dijo:

“Toda edad y generación debe obrar con la misma libertad que disfrutaron las que la precedieron. La vanidad y presunción de gobernar más allá del sepulcro es el atentado más absurdo y tiránico. El hombre no posee alguna propiedad en su igual, y ninguna generación la tiene en las venideras. La legislatura o nación de cualquier tiempo pasado no ha tenido mayor derecho en disponer, obligar o dictar a las del presente, de[l] que tenemos nosotros para disponer, obligar o dominar sobre las que existirán cien o mil años después” (60).

Esta concepción radical fue refutada con considerable éxito por Locke, primero, y más tarde por Madison. Sostuvo el primero de los autores que si bien sólo los firmantes del pacto político habían consentido expresamente en el “contrato social”, las nuevas generaciones quedaban “tácitamente” obligadas a obedecer a las autoridades políticas, pues “todas aquellas personas que tienen bienes o el disfrute de una parte cualquiera de los dominios territoriales de un gobierno, otorgan con ello su *consentimiento tácito* y se obligan a obedecer desde ese momento las leyes de tal gobierno mientras sigan disfrutando de esos bienes y posesiones” (61).

(59) Ídem, vol. XII, pp. 11-14. La redonda es mía.

(60) PAINE, Thomas, *El derecho del hombre*, trad. española por Santiago Felipe Puglia, Filadelfia, Imp. de Matías Carey e hijos, 1821, cap. I, pp. 2 y 3. Para conocer en amplitud el pensamiento de Paine sobre este asunto, recomiendo leer el Capítulo I en su integridad.

(61) LOCKE, John, ob. cit., cap. VIII, §119, p. 117. La bastardilla es mía.

En respuesta a la carta de Jefferson de septiembre de 1789 a que hice referencia, Madison le escribió otra el 4 de febrero de 1790 refutando su pensamiento. En lo que es materia de este trabajo, dice:

“Mis primeras reflexiones me conducen a pensar que la doctrina propuesta no es compatible en su totalidad con el curso de los acontecimientos humanos (...). Teóricamente aplicable para una Constitución, la doctrina parece encontrar en la práctica objeciones de peso ¿No cesaría un Gobierno de la necesidad al final de un período fijo, a menos que se prolongue por una reforma constitucional previa a su finalización, de quedar demasiado sujeto a la casualidad y consecuencias de un interregno? ¿No se convertiría un Gobierno tan frecuentemente revisado demasiado mutable y novedoso para retener esa parte de perjuicio en su favor que constituye una saludable ayuda para el gobierno más racional? No engendraría semejante revisión periódica facciones perniciosas que de otra manera no existirían; y agitaría la mentalidad pública más frecuente y violentamente de lo conveniente? (62) (...). Si la tierra es el regalo de la naturaleza a los vivos, su título puede extenderse a la tierra solamente en su estado natural. Las mejoras introducidas por los muertos constituyen una deuda contra los vivos que se benefician de ellas. Esta deuda no puede ser satisfecha de otro modo que por una obediencia proporcional a la voluntad de los autores de las mejoras (63) (...). Ante estas dificultades sólo puedo encontrar alivio recurriendo a la doctrina según la cual el consentimiento tácito puede legitimar a los gobiernos y leyes establecidas, y que ese consentimiento debe inferirse a falta de una revocación expresa (...). Es dudoso que sea posible excluir totalmente la idea de un consentimiento implícito o tácito sin subvertir los fundamentos mismos de la sociedad civil. ¿En qué principio está que la voz de la mayoría vincula a la minoría? No puedo concebirlo como resultado de la ley natural sino desde un acuerdo fundado en la utilidad (...). Antes, por lo tanto, del establecimiento de este principio, era necesaria la unanimidad, y estrictamente, la teoría presupone el consentimiento de cada individuo con la regla que sujeta a la minoría a la voluntad de la mayoría. Si este consentimiento no puede otorgarse tácitamente, o no estar implícito donde ninguna evidencia positiva lo provea, ninguna persona nacida en sociedad podría al llegar a su edad adulta quedar obligada por cualquier acto de la mayoría y, o bien sería necesaria una renovación unánime de cada ley, o el consentimiento expreso de cada nuevo integrante debe obtenerse por la regla según la cual la mayoría decide por el todo” (64).

Madison ya había expresado tres años antes en el Federalista que “[e]l peligro de alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas, constituye una objeción todavía más seria contra la práctica de someter frecuentemente las cuestiones constitucionales a la decisión de toda la sociedad”. Para así razonar, observó:

(62) HUNT, Gaillard (ed.), *The writings of James Madison*, New York-London, G.P. Putnam's Sons, 1904, vol. V, pp. 438 y 439.

(63) Ídem, p. 439.

(64) Ídem, p. 440. La bastardilla corresponde al original.

“Todas las constituciones existentes fueron establecidas en medio de un peligro que reprimía las pasiones más hostiles al orden y la concordia de una entusiasta confianza del pueblo hacia sus patrióticos líderes que ahogó la acostumbrada diversidad de opiniones respecto a los grandes problemas nacionales, de un fervor universal por las formas nuevas, opuestas a las antiguas, originando el resentimiento y la indignación universales contra aquel gobierno, y en una sazón en que el espíritu de partido relacionado con las transformaciones por efectuar o con los abusos por corregir no podía infiltrar su levadura en la operación (...) sólo la razón del público debe reprimir y regular el gobierno. Las pasiones han de ser reprimidas y reguladas por éste” (65).

Según el criterio de Thomas Jefferson, cada generación tiene el derecho inviolable de partir de la nada, sin herencia del pasado. De ahí que la reforma constitucional periódica no es sino una minúscula parte de su pensamiento según el cual toda norma jurídica, incluidas las deudas contraídas por contrato, sólo podía vincular a la generación que las sancionó, y quedaba por tanto caduca al final de su generación, período que él calculó en 19 años en base a estadísticas que cita en los dos pergaminos que acabo de mencionar. Examinemos la siguiente cita de la carta a Madison a la que más arriba me referí:

“La pregunta acerca de si una generación tiene el derecho de vincular a otra parece que nunca ha sido hecha ni en este ni al otro lado del Océano. Sin embargo, es una pregunta de importantes consecuencias, no sólo como una decisión de mérito, sino también por el lugar que ocupa entre los principios fundamentales de cada gobierno (...). Me propuse presentar algo sobre la tierra que supongo debe ser evidente por sí sólo: “que la tierra pertenece en usufructo a los vivos”; que los muertos no tienen ni poderes ni derechos sobre ella. La porción de tierra que ocupa cada persona deja de estarlo cuando ella deja de existir, y vuelve a la sociedad. Si la sociedad no ha sancionado reglas para la apropiación de estas tierras separadamente, estas serán tomadas por los primeros ocupantes. Ellos serán por lo general la esposa e hijos del descendiente. Si ha sancionado reglas para la posesión, podrán otorgarse a la esposa e hijos, o a alguno de ellos, o al legatario del difunto. Entonces también puede otorgárseles a su acreedor. Pero el niño, el legatario, o el acreedor accede a ella, no por algún derecho natural, sino por una ley de la sociedad a la que pertenecen y a la que están sujetos. Nadie puede entonces por derecho natural obligar las tierras que ocupó, o a las personas que le sucedieron en la ocupación, al pago de deudas contraídas por aquel. En caso contrario, podría durante su propia vida comerse el usufructo de las tierras de varias generaciones, y entonces las tierras pertenecerían a los muertos y no a los vivos, lo que sería contrario a nuestro principio. Lo que es verdad respecto de cada miembro de la sociedad individualmente, lo es también respecto de todos ellos colectivamente, desde que los derechos de la totalidad no pueden ser más que la suma de los derechos de los individuos (...). Ninguna generación puede contraer deudas mayores que las que pueda pagar durante el curso de su propia existencia (...). 19 años es el término más allá del cual ni los representantes de la nación, ni aún toda la

(65) Conf. MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *El Federalista*, ob. cit., cap. XLIX, p. 215.

Nación reunida puede endeudarse válidamente (...). El interés de la deuda pública de Francia es de hecho sino una dos mil aba parte de su lista de rentas, su pago es suficientemente practicable; por lo que se vuelve entonces una cuestión de honor o de conveniencia. Pero con respecto a las deudas futuras ¿No sería sabio y justo que esa Nación declare en su Constitución en formación que ni la legislatura ni la nación misma pueden contraer mayores deudas que las que pueda pagar durante su propia generación o dentro de los 19 años y que todos los contratos futuros se considerarán sin efecto mientras permanezcan impagos a los 19 años de su existencia? Esto pondría en guardia a los arrendatarios y prestamistas. Pero reduciría también la facultad de prestar a sus límites naturales, pondría coto al espíritu de guerra, al que también liberaría de un curso que ha sido seguido por la desatención de los prestamistas a esa ley de la naturaleza según la cual las generaciones futuras no deben ser responsables por las que las precedieron” (66).

El observador inteligente y que estudia el pensamiento de Jefferson en profundidad advierte que la reforma periódica de la Constitución es consecuencia de una concepción del mundo más amplia que él poseía. Por ello es que no puede citarse aislada y ligeramente, evitando examinar en profundidad las fuentes y falseando así su contenido. Los que ocurren a la autoridad de Jefferson para justificar la reforma constitucional deben hacerse cargo de todas las consecuencias de su teoría según la cual “la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos”. Si así deciden hacerlo, me restaría pedirles que asuman que el ordenamiento jurídico sólo les garantizará su derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión *et cetera* durante los próximos 19 años, fuera de los cuales, aunque se admitan como naturales, deberán “plebiscitarse” a la próxima generación para continuar alojados en el ordenamiento legal.

Hecha esta primera observación, vayamos al fondo de su pensamiento. Ciertamente es, como quedó dicho, que Jefferson sostenía la periodicidad de la reforma constitucional. Lo que diferencia a una Constitución de las leyes ordinarias no son solamente los derechos fundamentales que aquella contiene, sino su estabilidad como norma jurídica. Una de las misiones de toda Constitución es dotar de legalidad a largo plazo al ordenamiento jurídico de un Estado. La reforma periódica y por periodos establecidos que Jefferson proponía, a la vez que está fundada en premisas tan utópicas como radicales, como lo han puesto de manifiesto Locke y Madison, entraña a mi criterio una oposición a la idea misma de Constitución escrita como instrumento para limitar el poder. La rigidez constitucional, que es lo que en el fondo el pensamiento de Jefferson socava, es un instrumento estabilizador de la democracia. No debemos olvidarnos -dijo Marshall en “*McCulloch v. Maryland*”- que es una Constitución lo que estamos interpretando, *una Constitución destinada a perdurar durante siglos* y por lo tanto a adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos (67).

(66) FORD, Paul Leicester (ed.), *The works of Thomas Jefferson*, ob. cit., vol. VI, pp. 3, 4, 6 y 8. La bastardilla corresponde al original.

(67) 17 U.S. 316 (1819). El texto completo de la sentencia puede leerse <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html> (fecha de consulta 16/7/2016).

Desde Pufendorf -pasando por Rousseau y Madison- hasta Marshall, nadie en la doctrina política sostiene ni defiende la existencia de una Constitución perenne. Los constitucionalistas modernos pensamos igual; no abogamos por una Constitución inalterable; toda ley positiva debe ser modificada. Decimos tan sólo que el proceso de reforma debe ser complejo de modo de que tenga lugar únicamente con un amplio consenso social. Por ello es que debe haber reglas duraderas, aunque no inalterables. Es la rigidez constitucional, a la vez que un resguardo contra las veleidades temporales del espíritu de partido, lo que desalentará todo frívolo intento de revisar la Constitución cada vez que el magistrado de turno lo necesite para perpetuarse en el poder. Juan Bautista Alberdi escribió al respecto:

“El gran arte del gobierno, como decía Platón, es el arte de hacer amar de los pueblos la Constitución y las leyes. Para que los pueblos la amen es menester que la vean rodeada de prestigio y de esplendor. El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible, o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación (...). Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución” (68).

2. El objetivo encubierto de la reforma periódica: la matriz institucional

Siendo profesor en Harvard, Lawrence Tribe enseñaba con razón que en cada momento de reforma constitucional emerge un ejercicio del poder constituyente amplio. De esta forma, por más que el resultado de una reforma sea el cambio de un solo artículo, debe entenderse que pasó por la mente del constituyente la posibilidad de reformar la totalidad de la Constitución, aunque finalmente la reforma haya tenido como resultado una minúscula parte. Por lo que a nuestro país concierne, la Constitución argentina de 1853/60 fue reformada por última vez hace poco más de veinte años. Por ello es que es falso que refleje intereses y valores de un pueblo rural del siglo XIX. El error en que se incurre al lanzar semejante afirmación es obviar especialmente que la reforma constitucional de 1994 fue la más profunda hasta hoy, modificó 43 artículos de la Constitución y se llevó a cabo a través de la convención constituyente con mayor legitimidad y representación política de la historia argentina, contando con 19 bloques de representación política en su seno.

¿Puede mostrarse a los ojos de un criterio sano y bien informado que nuestra Constitución refleja las ideas de un pueblo rural del siglo XIX? Nuevamente, el observador inteligente deduce que lo que se insta al abogar por su reforma no es una actualización temporal de una carta deteriorada, sino el cambio de “matriz institucional”. La Constitución originaria, como expresión del constitucionalismo, representa un obstáculo para el populismo; y es por eso que, a sus ojos, se hace necesaria reemplazar la carta magna liberal ratificada vigorosamente con la última reforma constitucional. El resto, todo lo demás, es un mascarón de proa para llevar adelante este objetivo.

(68) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, Cap. XXXIV, pp. 192 y 193. El resaltado es mío.

Sirviendo la reforma de estímulo al populismo, es a la vez un medio estéril de infatuación y de extravío, que no representa cosa alguna útil ni seria para el país.

VII. Conclusiones

Marx escribió una vez que todos los grandes hechos y personajes de la historia se producen dos veces, pero unas aparecen como tragedia y otras como farsa (69). Los hechos del pasado, que como observaba Alberdi son la voz de la providencia y de la historia, son entonces testigos de todo esto. Estoy bien seguro cuando afirmo que el populismo y su misticismo democrático ha sido la gran tragedia de la República Argentina del siglo XX. La doctrina, que aparentemente introduce en las sociedades políticas las más elevadas y justas aspiraciones, es la que ha sido acompañada de las más dañinas consecuencias. El mundo entero conoció bien su verdadera cara; ha visto a líderes nacionales y populares que por la vara mágica de la demagogia alcanzaron la suma del poder público; que por un mesianismo irracional sumieron al mundo entero en una larga noche que dejó 50 millones de muertos; a líderes nacionales y populares que han experimentado un notorio enriquecimiento en la función pública; a líderes nacionales y populares que, apoyando al eje en la segunda guerra mundial, tomaron partido por la tiranía en lugar de la libertad, y cobijaron más tarde sigilosamente a jerarcas de la Alemania nazi; que han sido partícipes de golpes de Estado; que clausuraron diarios cuando los criticaban; que encarcelaron legisladores cuando se les oponían; que destituyeron jueces cuando no fallaban como querían.

La experiencia es el oráculo de la verdad; y cuando sus respuestas son inequívocas, deberían ser concluyentes y sagradas. La demagogia -instrumento principal del populismo- nunca es la salida ni la solución de nada. Es el recurso de las mentes pequeñas, de los que carecen de talento y necesitan por tanto cortejar servilmente para agradar a quien no pueden llegarle a través de su capacidad.

La democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria (70). La historia es el más fiel testigo que no es el apego escrupuloso a las instituciones lo que la corroe; antes bien, que la mayor parte de los tiranos comienzan por ser demagogos (71), cortejan servilmente al pueblo (72) y terminan pisoteando todas las libertades que le promete (73). Sería un error histórico, entonces, ver en el constitucionalismo un obstáculo para la evolución de la sociedad.

(69) MARX, Karl, *El 18 brumario de Luis Bonaparte*, Buenos Aires, Prometeo, 2004, p. 15.

(70) HOLMES, Stephen, ob. cit., p. 258.

(71) ARISTÓTELES, "La política", en *Obras Maestras*, 6ª ed., Madrid, Obras Maestras, 1986, Libro VIII, cap. VIII, § 3, p. 287.

(72) Conf. HAMILTON, Alexander, en MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *El Federalista*, ob. cit., cap. I, p. 5.

(73) El paso de la democracia hacia la tiranía es explicado magistralmente por Platón en la parte final del Libro VIII de *La República*, ob. cit., T. III, pp. 379 a 385. Los dos párrafos siguientes sintetizan todo: "Por lo pronto, en sus primeros días de dominación ¿No sonrío [el tirano] graciosamente a todos los que encuentra, y no llega hasta decir que ni remotamente piensa en ser tirano? ¿No hace las más pomposas promesas en público y en particular, librando a todos de sus deudas, repartiendo las tierras

La mayor parte de los padres fundadores del constitucionalismo, de los que sentaron las doctrinas más sanas para perfeccionar la democracia, no provino directamente de la clase popular. No ha sido el caso de Edward Coke -caballero y juez de la corona británica-, ni el de William Blackstone -caballero del reino y profesor en Oxford-, ni Locke -noble inglés-, ni Montesquieu -miembro de la nobleza francesa-. Thomas Jefferson, James Madison, Alexander Hamilton, George Washington, John Adams, John Stuart Mill y Juan Bautista Alberdi, en mayor o menor medida, gozaban de elevadas posiciones en sus respectivas sociedades. Su pertinencia natural no les impidió sin embargo ser los creadores de los principios más trascendentes para perfeccionar la democracia moderna, la verdadera democracia. Porque lo más importante en una persona no es de donde proviene, sino la pureza de su corazón; no es fingir ser un hombre del pueblo, sino estar junto a él.

La única forma de resolver la tensión constante entre constitucionalismo y democracia es asimilarlos integradoramente, y entender que lo “contramayoritario”, *en su justa medida*, como un anticuerpo, es parte integrante de la democracia.

entre el pueblo y sus favoritos, y tratando a todo el mundo con una dulzura y una ternura de padre?”. Cuando “el protector del pueblo llega al poder no creas que se duerm[e] en medio de su poderío; sube descaradamente al carro del Estado, destruye a derecha e izquierda todos aquellos de quienes desconfía, y se declara abiertamente tirano”. Ídem, p. 381.